

2. DOCTRINA E PARECERES

2.3

CAUÇÃO DE CHEQUES PRÉ-DATADOS

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

SUMÁRIO: 1. Síntese dos fatos processualmente relevantes – 2. Da caução de títulos de crédito como garantia real – 3. Do cheque bancário como título de crédito – 4. Do cheque pré (ou pós) datado e sua vinculação em garantia – 5. Os usos mercantis como lei comercial em perene formação – 6. Da lícita atuação do credor com garantia real – 7. Da não-incidência e da não-aplicabilidade da Resolução 2.154 do Banco Central – 8. Considerações finais – 9. Conclusões – 10. Bibliografia.

O presente estudo originou-se de consulta que nos foi apresentada pelo Banco X, por intermédio de seus ilustres advogados, a respeito de lide surgida na concordata preventiva impetrada por MM Ltda. e Outros, perante o MM. Juízo da 7.^a Vara de Falências e Concordatas do Rio de Janeiro, RJ, sendo o consulente credor de MM Ltda., com garantia real.

Desdobrou-se a consulta nos seguintes itens.

1. Os créditos amparados por garantia de caução/penhor de títulos de crédito *estão sujeitos aos efeitos de concordata preventiva?*

2. Os chamados cheques “pré-datados”, os quais, como é de sabença, são, atualmente, largamente utilizados no comércio, *perdem, por serem “pré-datados”, a característica de títulos de crédito* ou apenas se descaracterizam como ordem de pagamento à vista, conservando todavia a cartularidade?

3. *É válida a garantia de caução/penhor de cheques, mesmo sendo eles do tipo “pré-datados”?*

4. Em caso positivo, a decisão do Juízo da concordata, determinando o “bloqueio” dos cheques caucionados e a entrega à concordatária dos valores recebidos, constituiu violação a direito líquido e certo do Banco X de realizar sua garantia aplicando o produto na amortização dos débitos contratuais?

5. *A Res. 2.154, editada em 27.04.1995 pelo Banco Central do Brasil*, a qual entrou em vigor na data de sua publicação no *DOU* de 28.04.1995, teve o condão de tornar inválida, ilegal ou nula a garantia de penhor/caução de cheques que ampara o Contrato 104.088-7, celebrado em 27.04.1995 entre o Banco X e a MM Ltda., aí compreendido inclusive o aditamento, via do qual se deu a prorrogação do vencimento de tal contrato?

6. Ainda que, *ad argumentandum tantum*, fosse discutível a validade de referida garantia caucionária, teria o Juízo da concordata competência para desconsiderá-la mediante simples requerimento da empresa-concordatária, sem o devido processo legal, ou haveria a necessidade da propositura de ação própria, pela devedora-caucionante, no curso da qual seria es-

tabelecido amplo contraditório, objetivando, pois, a anulação da caução constituída?

Passemos, pois, à exposição dos fatos e à perquirição do direito aos mesmos incidente.

1. Síntese dos fatos processualmente relevantes

1. As empresas MM Ltda. e Outras, com sede na cidade do Rio de Janeiro, desde muitos anos em notória posição de destaque no comércio brasileiro, realizavam, e provavelmente continuam realizando, transações a prazo com seus clientes, destes recebendo cheques “pré-datados”, portanto com datas de emissão apostas para serem coincidentes com as datas de vencimento das sucessivas prestações.

Com isso, aliás, diga-se de logo, não adotam conduta solitária: esta a fórmula simples e expedita que o comércio atualmente utiliza, de maneira a mais generalizada, para viabilizar, de modo informal e sem dispêndios maiores, os negócios efetivados com pagamento a prestações.

2. Necessitando de capital de giro, a firma MM Ltda. assinou, em 27 de abril do ano corrente, “Contrato de Abertura de Crédito/Mútuo”, a curto prazo (90 dias), no valor de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), com o Banco X (e buscou financiamentos também em outras instituições financeiras), crédito este sob a garantia de “Instrumento Particular de Constituição de Garantia Caução/Penhor de Cheques de Emissão de Terceiros”, subscrito na mesma data e concretizado pela entrega ao Banco X de cheques *de emissão de terceiros*, discriminados em borderôs anexos ao contrato.

3. As firmas coligadas MM Ltda. e Outras, afirmando-se oprimidas pelo decréscimo de suas vendas e pelas altas ta-

xas de juros decorrentes da vigente política econômica, vieram a ajuizar ação de concordata preventiva, distribuída ao MM. Juízo de Direito da 7ª Vara de Falências e Concordatas da comarca do Rio de Janeiro, RJ.

4. Posteriormente, por petição datada de 02 de agosto fluente (f.), peticionaram nos autos da aludida concordata, alegando que, constringidas a obter onerosos recursos no mercado financeiro, haviam assinado contratos de abertura de crédito com o Unibanco (MM – Departamentos S.A.) e com o Banco X (MM Ltda. – este pelo mencionado valor de R\$ 8.000.000,00), tendo os financiadores exigido “que lhes fossem entregues, a título de caução, cheques pré-datados de sua propriedade, recebidos de seus clientes em pagamento de vendas realizadas”. Aduzem que, pela Res. 2.154, de 27.04.1995, do Bacen, tornou-se “falta grave” a realização de operações de crédito garantidas por cheques; destarte, ante a ilegalidade absoluta de objeto, não estaria configurado, “de modo algum, penhor, ou que direito real de garantia seja” (*sic*). Em decorrência, os créditos *ex vi legis* enquadrar-se-iam na categoria de quirografários e, como tais, sujeitos à concordata.

E como tais cheques eram mantidos sob a custódia das empresas Brinks (Unibanco) e Transpev (Banco X), requereram fosse a estas oficiado ordenando-lhes que não dispusessem dos aludidos cheques em favor de qualquer dos bancos, para proteção do patrimônio delas concordatárias e de seus credores.

O magistrado *deferiu de plano o requerimento*, seguindo-se a expedição dos ofícios na mesma data.

5. Transpev – Transporte de Valores e Segurança Ltda., por petição datada de 03 de agosto, comunicou ao magistrado que havia firmado contrato de prestação de serviços de guarda de documentos, incluindo cheques, com o Banco X. No dia an-

terior, a informante havia comunicado à MM que não poderia atender solicitação dessa empresa para que os cheques lhe fossem entregues, vez que *depositante* era o citado banco. Narra, mais, que ao representante do dito banco, como depositária que era, entregara, às 18:00 do dia 02 de agosto, os cheques sob sua custódia. Por tal motivo, não lhe era possível atender à determinação judicial, tardiamente recebida (f.).

6. Peticionaram as empresas concordatárias (f.), argüindo que o Banco X havia “manobrado” para subtrair seu crédito quirografário aos efeitos da concordata, aposando-se *manu militari* dos cheques. E pediram que o juiz ordenasse ao dito credor que depositasse, na firma Brinks, de imediato, “todos os cheques de propriedade das impetrantes”, ou, se já compensados, que os saldos das contas correntes onde creditados tais cheques fossem, até o limite de R\$ 8.000.000,00, transferidos para conta corrente a ser aberta no Banerj, à disposição do juízo da concordata.

Deferiu o magistrado tal pedido.

7. Voltou a juízo o Banco X em 04 de agosto, rogando que os valores dos cheques ficassem depositados em conta especial no próprio estabelecimento credor, sujeitando-se a prestação de contas ao Juízo, e ressaltando seu direito “de postular, pelas vias próprias, de modo a comprovar a validade da caução constituída em seu favor, a qual tem por objeto os cheques acima referidos, uma vez que, segundo a Lei, o eventual pedido de concordata não resolve os contratos bilaterais, que continuam sujeitos às normas de direito comum (art. 165 do Dec.-lei 7.661, de 1945)” (f.).

8. Novamente peticionou o Banco X, em 08 de agosto, insurgindo-se contra a diligência de “busca e apreensão” dos títulos de crédito, requerida pela concordatária MM Ltda. Argüi que a caução de cheques de emissão de terceiros não fora

atingida pela eficácia da Res. 2.154 do Bacen, de 27 de abril p.p., e ainda considera relevante a circunstância de que tal resolução foi publicada no dia 28 de abril, portanto *após haver sido concluído*, na véspera, o contrato entre o Banco X e a agora concordatária.

De qualquer forma, a sanção cominada pela desobediência à resolução é de ordem administrativa, e destarte “não implica, como afirmado, na ‘nulidade’ da avença”. A determinação judicial, aliás infringente ao devido processo legal, fez com que o banco credor se visse “desapossado da caução e, num ‘passe de mágica’, impedido de realizar sua garantia” (*sic*). O privilégio da caução, adita, somente poderia ser questionado em Vara Cível, não em Vara privativa falencial, absolutamente incompetente para decidir a respeito.

Na lição de Valverde, que invoca, o processo de concordata não terá interferido no contrato bilateral entre concordatária e credor, e portanto não seria cabível “buscar e apreender” o objeto da garantia real. É trazido à colação, no azo, aresto do colendo STJ no REsp 16.855, rel. o e. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Requer ao final a reconsideração dos despachos (*rectius*, decisões) de f., que determinaram a apreensão dos cheques. Caso não deferida a reconsideração, rogou o Banco X fosse o petitório recebido como agravo de instrumento (f.).

9. Oficiou o Ministério Público, sustentando que sem o endosso-caução, revelador da constituição de uma garantia real, “não se aperfeiçoa o penhor sobre créditos ou qualquer outra garantia real, seja qual for a sua denominação” (*sic*). Entende que os instrumentos contratuais não consubstanciam penhor mercantil, sendo apenas contratos bancários atípicos. O aditivo ao contrato de mútuo, embora sua denominação, não configurou, ao ver do parecerista, nenhuma garantia real, por

falta da transferência ou tradição do crédito em garantia para os bancos e de especificação concreta da coisa móvel (f.).

10. Retrucou o Banco X, reafirmando ter ocorrido a efetiva tradição, tanto assim que os cheques foram “apreendidos” em poder do banco credor; e, mais ainda, o banco fora contratualmente nomeado procurador com poderes para endossar os títulos de crédito constitutivos da garantia, mesmo porque não seria razoável ou possível exigir que a financiada, “quando contratou o mútuo, endossasse trinta e tantos mil cheques” (*sic*). O parecer do MP, destarte, peca “até quando se refere à parte fática da controvérsia” (*sic*).

Até aqui, a exposição dos sucessos processuais, no alusivo ao Banco X.

2. Da caução de títulos de crédito como garantia real

11. Nos termos do art. 147 da Lei Falencial, a concordata obriga a todos os *credores quirografários*, comerciais ou civis, mas em nada altera a situação jurídica dos credores detentores de privilégios ou *direitos reais de garantia*.

Ao contrário da falência, não implica a concordata *juízo universal*,¹ pois, no dizer de Requião, “a lei exclui de seus efeitos e, portanto, de seu âmbito processual, todos os credores que não os quirografários”. E mais: “a lei, com efeito, determina que à concordata estão sujeitos, tão-somente, os credores quirografários. A norma submete essa categoria de credores

ao juízo concursal da concordata. Somente eles são atingidos pela medida e se sujeitam ao seu juízo. Nada autoriza que outros credores, que não quirografários, sejam por ele atraídos”.²

Como bem explicitou Wilson de Souza Campos Batalha, “na concordata suspensiva, os credores privilegiados ou titulares de direito real de garantia só participam da concordata pelo que não puderam ter sido satisfeitos com as respectivas garantias”; e invoca Thaller: “Les créanciers privilégiés et hypothécaires ne font partie de la masse que pour le reliquat que leur sûreté ne couvrirait point...”.³

Em aresto do E. STJ, do qual foi relator o signatário do presente parecer, em caso de concordata suspensiva, constou da ementa: “Os créditos com garantia real, mesmo se já habilitados no juízo falencial, são excluídos do juízo da concordata suspensiva. A concordata obriga a todos os credores quirografários, e tão-somente aos *credores quirografários*” (REsp 14.616, 4.^a T., j. em 29.04.1992, v.u.).

12. Pergunta-se, pois, e estes os pontos de partida para a solução da controvérsia:

- a) A caução de títulos de crédito constitui *garantia real*, ficando assim *excluído da concordata aquele crédito garantido pela caução?*
- b) Os *cheques*, tendo inclusive em vista sua destinação econômica e o regime legal a que estão submetidos, *podem ser dados validamente em garantia pignoratória?*
- c) Os *cheques “pós-datados”* perdem, por essa só circunstância, sua característica de títulos de crédito e, pois, de títulos caucionáveis?

⁽¹⁾ SOARES DE FARIA. *Da concordata preventiva*. n. 46; REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. São Paulo : Saraiva, v. 2, n. 328; BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Falências e concordatas*. LTr, 1991. p. 510; SAMPAIO DE LACERDA. *Manual de direito falimentar*. p. 266.

⁽²⁾ *Op. cit.*, p. 22-23.

⁽³⁾ *Op. cit.*, p. 510.

13. Nos termos do CCo, art. 273: “Podem dar-se em penhor bens móveis, mercadorias e quaisquer outros efeitos, títulos da Dívida Pública, ações de companhias e empresas e em geral quaisquer papéis de crédito negociáveis em comércio”.

E consoante o art. 227, *in fine*, do mesmo Código: “O credor pignoratício é igualmente competente para cobrar o principal e créditos do título ou papel de crédito empenhado na sua mão, sem ser necessário que apresente poderes gerais ou especiais do devedor (art. 387)”.

14. Dispõe o CC, art. 790: “Também se equipara ao penhor, mas com as modificações dos artigos seguintes, a caução de títulos de crédito pessoal.”

Conforme está no art. 792, *inc. V*, ao credor garantido por esta caução compete o direito de:

“[...]”

“IV – Receber a importância dos títulos caucionados, e restituí-los ao devedor, quando este solver a obrigação por eles garantida.”

Neste último caso, a teor do art. 793, “o credor caucionado ficará, como depositário, responsável ao credor caucionário, pelo que receber *além do que este lhe devia*” (grifamos).

15. Vê-se, pois, que a legislação autoriza o penhor não apenas de bens corpóreos, objetos móveis suscetíveis de alienação, como ainda de direitos imateriais, pois estes, corporificados em um *título*, ostentam valor patrimonial muitas vezes ponderabilíssimo e são em geral de fácil circulação e liquidez.

Na lição de Vivante, “todas as coisas móveis, tanto corpóreas como incorpóreas, e tais são os títulos de crédito, direitos autorais, patentes de invenção, podem ser dadas em penhor, porque todas podem,

pelo seu valor econômico, servir de garantia a um crédito”.⁴

Nota Sílvia Rodrigues que, apenas para diferenciá-lo do penhor tradicional, em que há a tradição de uma coisa móvel (exceto em casos especiais, como o do penhor rural – CC, art. 769), “o legislador brasileiro chama *caução* a esse penhor de direitos creditórios”. E adita que o vocábulo *caução* “tem um sentido mais amplo do que o *penhor*, pois é gênero da idéia de garantia, que abrange o penhor, a hipoteca, a anticrese, o penhor de títulos e, ainda, a garantia fidejussória. Assim o ensina Clóvis Bevilacqua”.⁵

Notou o ilustre civilista que não é propriamente o papel em si que é dado em garantia, mas sim “o direito que tais papéis representam”⁶ pelo seu valor econômico.

16. Esta a lição autorizadíssima do mestre Clóvis Bevilacqua, em parecer de 11.06.1923, *verbis*:

“A caução de títulos de crédito é variedade do penhor, a que a lei teve necessidade de consagrar disposições especiais, a fim de prover de acordo com as modificações que ela introduz no instituto (Código Civil, arts. 789-795). Mas, nos traços fundamentais, essa figura jurídica é penhor, como a classifica o Código. Quer isto dizer: é *direito real de garantia*, que se constitui pela tradição efetiva ao credor de um objeto móvel, suscetível de alienação, a fim de lhe assegurar o pagamento do débito.

“Para a constituição do penhor são necessários os seguintes elementos: I – Objeto móvel. II – Tradição efetiva desse objeto ao credor pignoratício. III –

⁽⁴⁾ *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. v. 4, l. 775.

⁽⁵⁾ *Direito civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. n. 209-A.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, n. 211.

Vínculo, que submete o objeto empenhado ao pagamento da dívida. IV – Forma escrita. V – Transcrição, que é a formalidade complementar do penhor⁷⁷ (grifamos).

No alusivo à *transcrição* do penhor, é formalidade *dispensável em se cuidando de títulos de crédito*, como consta inclusive de aresto do colendo STF: “Na interpretação do art. 789 em comparação com o art. 791, ambos do C. Civil, é razoável o entendimento de que o registro, com eficácia constitutiva, só é exigível com relação aos títulos da dívida pública, pois, quanto aos demais, ela se constitui *pela tradição dos títulos caucionados*” (STF, 1.^a T., RE 95.037-SP, v.u., j. 05.11.1982, rel. em. Min. Rafael Mayer, RTJ 103/1.233 (grifamos).

Cuidando da *tradição*, Clóvis Bevilacqua, no parecer citado, expõe que, em se cuidando o objeto do penhor “de direito de crédito, que não pode ser materialmente detido, faz-se a tradição do título, que o representa e materializa”.⁸

17. A *formalização da garantia*, tratando-se de títulos *cambiais*, poderá operar-se por endosso (Lei Uniforme, art. 19) com a menção “valor em garantia”, “valor em penhor” ou qualquer “outra menção que implique uma caução” (Lei Uniforme, art. 19).

Mas entre nós, como referiu João Euânio Borges, “a caução de títulos cambiais se faz por instrumento à parte, sendo lançado nos títulos o endosso puro e simples ou o endosso-mandato”, mantendo-se as relações entre o devedor e o credor pignoratício regidas pelo respectivo contrato, isso naturalmente sem afetar eventuais direitos de terceiros baseados em de-

clarações cartulares, firmadas nos títulos caucionados.⁹

Assim ocorreu, diga-se, no caso ora em estudo: a empresa MM Ltda., necessitada de capital de giro, entregou em penhor os cheques de terceiros, emitidos em seu favor, ao banco mutuante, e as relações de garantia foram estabelecidas entre mutuante e mutuária através de declarações extracartulares, contratos de “Constituição de Garantia/Penhor de Cheques de Emissão de Terceiros”.

A entrega dos cheques de terceiros ao banco financiador, com a simultânea outorga de plenos poderes para endossá-los, e com o simultâneo negócio de instituição do penhor sobre tais documentos, constituiu, sem dúvida, *garantia real*, de molde a caracterizar os créditos do consulente como créditos *não-quirografários*, e destarte *alheios aos efeitos da concordata*.

18. E esta *garantia real* regula-se pelo direito comum: “No penhor de título cambiário, ou cambiariamente, se houve endosso em preto ou em branco, tudo, cambiariamente, ou cambiariamente, se passa como a respeito de qualquer endosso em preto ou em branco e só nas relações entre as partes do contrato de penhor é que o direito extracambiário ou extracambiariamente diz a sua palavra”.¹⁰

Em suma, *dois são os planos*:

– o do *direito cambiário*, submisso aos princípios da literalidade, da autonomia e da abstração, a reger-se pelos preceitos que lhe são próprios;

– e o do *direito comum*, civil ou comercial, a reger o negócio subjacente, si-

⁽⁷⁾ *Apud* CARVALHO DE MENDONÇA. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 1927. v. 6, liv. IV, parte II, p. 642, nota ao item 1.268.

⁽⁸⁾ *Op. e loc. cit.*

⁽⁹⁾ *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1977. n. 92.

⁽¹⁰⁾ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Borsói, 1962. t. XXXVII, § 4.165, n. 3.

multâneo (como no caso) ou sobrejacente à criação do título cambial.

A investigação do negócio subjacente, simultâneo ou sobrejacente somente emerge entre partes imediatas, não sendo possível opor tal negócio ao possuidor de boa fé do título, que o haja adquirido confiante em sua abstração e literalidade.¹¹

3. Do cheque bancário como título de crédito

19. Prevê, pois, expressamente a lei civil, como o permitia e permite a lei comercial, o penhor tendo por objeto títulos de crédito, na lei civil sob a denominação de “caução de títulos de crédito”.

Vale distinguir *título de crédito* de um quirografo comum, bastando lembrar a definição de Whitacker, para quem o título de crédito é o documento capaz de realizar imediatamente o valor que representa; “o devedor só o pagará no vencimento; mas o credor, mediante o desconto do título, realizará desde logo o seu valor”.¹²

20. Será o cheque um título de crédito?

Entende-se por cheque a ordem de pagamento, a vista, dada contra um banco ou instituição financeira que lhe seja equiparada, por alguém que mantém fundos disponíveis no mesmo, em favor próprio ou de terceiro.¹³

Semelhante o conceito de J. Othon Sidou: “O cheque é uma ordem emitida contra um banco, ou ente assemelhado, para que pague à pessoa, em favor de quem se emite, ou ao portador, importância certa em dinheiro, previamente posta à dispo-

sição do emitente e que será levada à sua conta”.¹⁴

Quanto à aparente controvérsia sobre ser o cheque “meio de pagamento” ou “título de crédito”, vale anotar que a radicalização não procede. Com efeito, Giorgio de Semo – após afirmar que “há uma diversidade de função econômica da cambial e do cheque, porque este não é instrumento de crédito, mas, essencialmente, meio de pagamento” – assinala que “o cheque bancário é portanto, um *título de crédito*”,¹⁵ deixando claro que o fato de não ser ele “instrumento de crédito” não lhe tira a qualidade de “título de crédito”.

Waldemar Ferreira, após ensinar que o cheque é “ordem de pagamento”, mostra suas características de título de crédito: “Como a letra de câmbio, o cheque é ordem de pagamento. Identifica-se com ela por ser título formal, exarado por escrito como os requisitos legais; completo, por valer por si mesmo; autônomo, e, destarte, transmissível por via de endosso. Distinguem-se em que a letra de câmbio pode ser emitida para pagamento à vista, a dia certo, a tempo certo da data ou a tempo certo da vista; e o cheque é sempre e necessariamente, de pagamento à vista”.¹⁶

21. É, pois, o cheque um título de crédito, e assim o magistério também de Eunápio Borges, para quem estão no cheque os dois elementos que caracterizam os títulos de crédito – a *confiança* e o *prazo que decorre entre a promessa do devedor e sua realização futura*: “de vida brevíssima, em geral, mas título de crédito, com a feição característica de documento ne-

(14) *Do cheque*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. p. 21.

(15) *Diritto cambiario*. Milano : Giuffrè, 1953. p. 721-722.

(16) *Tratado de direito comercial*. São Paulo : Saraiva, 1962. v. 9/88 e 93. *Apud* ABRÃO, Nelson. RT 632/53-55.

(11) *Idem, ibidem*, § 4.160 e *passim*.

(12) BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1977. n. 3.

(13) MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. v. 2, n. 1.

cessário ao exercício do direito literal e autônomo que nele se contém, de acordo com a clássica lição de Vivante”.¹⁷

Cuida-se, aliás, de título de crédito dotado de força executiva, cônsono o art. 585, I, do CPC, ao lado da letra de câmbio, da nota promissória, da duplicata e da debênture.

Essa força executiva, vale anteciper, ao contrário do que pensou certa corrente doutrinária, com restrita repercussão na jurisprudência, mantém-se mesmo nos casos de cheques pós-datados. Assim o REsp 16.855, STJ, 4.^a T., rel. o em. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 11.05.1993, sob a ementa: “O cheque pós-datado emitido em garantia de dívida não se desnatura como título cambiariforme, tampouco como título executivo extrajudicial” (DJU de 07.06.1993, p. 11.261).

22. Na lição de Werter Faria, “são exequíveis os títulos de crédito *com função de garantia*, ou seja, criados para assegurar o cumprimento de obrigação de que o tomador seja credor e, ainda, para servir de base à execução. O cheque dado em garantia não deixa de ser o que é: título pagável à vista. Se em vez de servir de meio de pagamento à vista, que é a sua função principal, for emitido para garantir a obrigação do tomador, *considerar-se-á extracartular* a exceção oponível ao tomador que exigiu ou aceitou a criação do cheque a esse título (cf. Tullio Ascarelli, *Teoria geral dos títulos de crédito*, trad. bras., 1943, p. 110)”¹⁸ (grifamos).

23. Que o cheque preenche os pressupostos inerentes aos títulos de crédito, pela *incorporação* do direito decorrente da relação fundamental entre as partes, pela sua *literalidade* e pela *autonomia*, é outrossim o magistério do eminente Humberto

Theodoro Júnior: “Sem embargo de representar imediata ordem de pagamento, entre sua emissão e o resgate pelo sacado, ou mesmo depois, quando tal resgate não ocorre, a função do cheque de substituir dinheiro e de representar documento literal de dívida líquida e certa do emitente, com livre circulabilidade, é mais do que suficiente para *demonstrar sua natureza de título de crédito*”.¹⁹

24. Mestre Pontes de Miranda especificamente admite inclusive o endosso-caução, portanto lançado na própria cártula: “Podem-se empenhar o cheque nominativo, o cheque à ordem e o cheque ao portador. O penhor do cheque ao portador rege-se pelos arts. 768-775 do Código Civil; o penhor do cheque nominativo ou à ordem, pelo art. 790”.²⁰

E prossegue: “O endosso-penhor é permitido em direito cambiário e nada obsta a incidência dos seus princípios ao cheque. Se o direito uniforme não cogitou dele, foi isso devido à sua quase nenhuma importância prática, tão curto é o prazo de apresentação”.²¹

Distinguiu o saudoso jurisperito as hipóteses de endosso-canção e de garantia através contrato de penhor:

“No endosso pignoratício ou endosso-penhor, que é inconfundível com o penhor do título cambiário, ou cambiariforme, o endossante continua possuidor mediato da letra de câmbio ou da nota promissória, ou da duplicata mercantil, *ou do cheque*.

“No penhor do título cambiário, ou cambiariforme, se houve endosso em preto ou em branco, tudo, cambiariamente, ou cambiariformemente, se passa como a respeito de qualquer endosso em preto ou

(19) In: *Jurisprudência Brasileira* 88/38.

(20) *Op. cit.*, § 4.123, n. 2.

(21) *Tratado de direito cambiário*. Max Limonad, 1955. v. 4, p. 147, n. 86.

(17) *Op. cit.*, n. 187.

(18) *Ações cambiárias*. Porto Alegre : Fabris, 1987. p. 24-25.

em branco e só nas relações entre as partes do contrato de penhor é que o direito extracambiário ou extracambiariforme diz a sua palavra”²² (grifamos).

25. Fran Martins, após remissão ao magistério de Pontes e de manifestar dúvida sobre a incidência ao cheque da previsão da Lei Uniforme relativa ao endosso-caução, faz, com relação à vigente Lei do Cheque – Lei 7.357, de 02.09.1985 – a seguinte distinção: “A nova Lei do Cheque não menciona o endosso pignoratício e em tais condições no cheque não deve ser feito tal endosso, uma vez que, em se tratando de um endosso anômalo, as regras especiais do mesmo deveriam estar contidas na lei. Não significa isso que um cheque não possa ser dado em penhor: *tal penhor é admissível pelo direito comum*, por ser o cheque coisa móvel, não, porém, através de forma simplificada do endosso”²³ (grifamos).

Diga-se que, no caso presente, *a instituição do penhor sobre os cheques foi feita através de instrumentos contratuais particulares*, com a simultânea tradição dos cheques ao credor.

Evidente, pois, o grave equívoco na argumentação contida no parecer do Ministério Público.

4. Do cheque pré (ou pós) datado e sua vinculação em garantia

26. Absolutamente sem razão, d.v., Lauro Limborço em seu asserto de que o cheque emitido sem data ou pré-datado apresentar-se-ia como um cheque “desnaturado” (*sic*), valendo apenas como “começo escrito de prova, sem os valiosos efeitos cambiais de que se reveste o cheque perfeito”; não seria, destarte, em tais

casos, “título executivo, sendo, portanto, inexecutível”.²⁴

O Prof. Waldirio Bulgarelli, comentando decisão judicial que considera o cheque pós-datado um cheque “desnaturado”, afirma taxativamente que, em última análise, mesmo se estivesse o cheque desempenhando então função econômica de nota promissória ou de letra de câmbio, “ainda assim estar-se-ia perante um título de crédito, pois o cheque, em que pese as respeitáveis opiniões em contrário, *é título de crédito, dotado de rigor formal*” (grifamos).

E prosseguiu: “Sua função primeira e específica de instrumento, meio de pagamento, não elimina a sua configuração como título de crédito, pois preenche, por determinação legal, os requisitos essenciais vivanteanos (cartularidade, literalidade e autonomia). Circule ele ou não. Ora, como título de crédito é dotado de aptidão necessária para circular, e, mais, de exercer uma função atribuída pelas partes, emitente e beneficiário, beneficiário e endossatários. Insista-se que, como título abstrato, está desligado da causa do negócio subjacente (ou relação fundamental) e da causa que lhe deu origem (a convenção executiva) que, e eis o ponto essencial, pode ter sido *pro solvendo*, *pro soluto*, de garantia ou de venda”.²⁵

Note-se que, no caso ora em apreciação, a emissão dos cheques operou-se *pro solvendo*, para pagamento a prazo de compras feitas por terceiros à empresa ora concordatária. E a causa da transmissão dos cheques ao consulente, mediante entrega física com *animus tradendi* e a outorga de poderes para endossar, *foi o negócio jurídico de garantia consubstanciado em instrumento contratual, extracartular*.

(22) *Ibidem*, n. 231.

(23) *Op. cit.*, v. 2, n. 62.

(24) RT 559/14-18.

(25) RT 264/113-116.

27. Vale trazer à balha a Lei Uniforme – Decreto 57.595, de 07.01.1966 –, relativa ao cheque:

“Art. 28. O cheque é pagável à vista. Considera-se como não escrita qualquer menção em contrário.

“O cheque apresentado a pagamento antes do dia indicado como data da emissão é pagável no dia da apresentação.”

Com mínimas alterações de redação, a norma foi mantida no art. 32, par. ún., da vigente Lei 7.357, de 02.09.1985.

28. Vê-se, pois, desenganadamente, que o lançamento de data posterior não implica “desnaturar” o cheque, eis que mantido, *no plano do direito cambiário*, seu caráter fundamental de ordem de pagamento a vista.

Se o portador não deve apresentá-lo de imediato ao sacado, mas sim lhe cumpre aguardar a data lançada como de emissão, isso ocorre não em virtude do direito cambiário, *mas sim em decorrência do negócio jurídico extracartular*, subjacente, simultâneo ou sobrejacente à criação do cheque.

29. O magistério de Fran Martins, aliás citado no aludido aresto do STJ, ostenta-se cabalmente elucidativo:

“A data do cheque, como se disse, é requisito necessário para a validade do mesmo e é por ela que se fixa o prazo da apresentação. Mas a lei permite, como o fazia a Lei Uniforme, que, apresentado o cheque antes do dia indicado como data de emissão, seja o mesmo pago no dia da apresentação (nova lei, art. 32, parág. único, correspondente à 2.^a alínea do art. 28 da Lei Uniforme).

“Em virtude desse dispositivo, deve ser esclarecido o entendimento de que a data do cheque tem por finalidade maior fixar o termo para a sua apresentação. Na realidade, não se altera esse termo mas,

admitindo a Lei um cheque pré-datado, tal termo é prolongado além dos dias previstos na Lei para a apresentação. Como o pagamento do cheque deve ser feito no dia da apresentação, mesmo que a sua data seja posterior àquela em que é apresentado, considera-se que, em princípio, *o prazo de validade do cheque foi aumentado*, juntando-se os dias anteriores à data que o cheque contém (e nos quais o portador pode validamente apresentar o cheque ao sacado, para pagamento) aos dias que se contam da data constante do cheque ao termo da apresentação. Exemplificando: um cheque emitido a 30 de janeiro mas datado de 30 de março pode ser apresentado validamente ao sacado até 30 de abril, que é o prazo de um mês, contado da data do cheque. Isso faz com que o cheque tenha curso regular por 60 dias, quando, pela letra da lei, devendo o cheque ser apresentado para pagamento nos 30 dias seguintes à sua data, normalmente a apresentação ao sacado deveria contar com um prazo de apenas 30 dias.

“O sistema da lei brasileira anterior não tirava a validade do cheque como tal se por acaso tivesse data falsa, apenas sujeitando o emitente a uma multa de 10% do valor do mesmo (art. 6.^o). Hoje, pelo art. 32, parág. único, da nova lei não será de aplicar-se essa multa, visto como o sacado, tendo fundos do sacador, deve pagar o cheque no momento em que ele é apresentado, ainda que seja pós-datado”²⁶ (grifamos).

30. No mesmo sentido, João Eunápio Borges:

“Como a letra de câmbio e a nota promissória, o cheque é um documento formal que há de conter necessariamente todos os requisitos exigidos pela lei. A falta de qualquer desses requisitos essenciais desnatura o cheque, ao contrário da irregularidade de sua emissão, que, podendo

⁽²⁶⁾ *Op. cit.*, p. 41-42, n. 29.

acarretar penalidades para os seus subscritores, não afeta o título nas relações cambiais que dele derivam.

“O título pode ser válido, pode ser um cheque, apesar da irregularidade de sua emissão. Do mesmo modo que, embora válido o cheque, pode ser nula ou ineficaz a obrigação do subscritor, pela falta de algum dos requisitos intrínsecos comuns a qualquer espécie de obrigação (capacidade, consentimento, objeto e causa)”.

[...]

“Na Lei Uniforme (art. 1.º, n.º 5, e art. 2.º) a data constitui requisito essencial, não valendo como cheque o título que não a contiver.

Não o anula, porém, a falsa data. No art. 28, a pós-data é claramente admitida com a disposição expressa de que o “cheque apresentado a pagamento antes do dia indicado como data da emissão é pagável no dia de sua apresentação”.²⁷

Comentando o art. 28 da Lei Uniforme, disse Paulo Restiffe Netto:

“2. Cheque com data futura (pós-data-da) é pagável no dia da apresentação, pouco importando que seja antes do dia indicado como data da emissão. Com isto fica arredada a possibilidade de se vislumbrar no cheque qualquer cunho de título de crédito ou de papel de garantia de dívida. Mas ainda que passado em garantia, não perde as características de título executivo”²⁸ (grifo nosso).

No mesmo sentido a conclusão do 2.º Encontro dos Tribunais de Alçada, no Rio de Janeiro, aprovando à unanimidade proposta de autoridade do eminente Humberto Theodoro Júnior:

“Não perde a cambialidade, nem a consequente executividade, o cheque emitido em garantia de dívida, ou o cheque a

que falte a data de emissão ou pós-data-do”.²⁹

31. Por tais motivos, o entendimento a que chegou o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator no REsp 16.855, com a autoridade de consagrado jurista:

“No entanto, como cediço, o beneficiário, uma vez recebido o cheque, pode apresentá-lo ao sacado de imediato, independentemente da data nele consignada, o que confirma conservar a natureza de ordem de pagamento à vista.

“Daí a conclusão de que, se descaracterização ocorre em hipóteses tais, *esta é de finalidade, não de essência e forma*. E, pondere-se, contribui decisivamente para tal desvirtuamento o próprio emitente que, fiando-se apenas na palavra do beneficiário sem nenhuma garantia ou amparo legal, estipula data de emissão como se de vencimento fosse. Disso decorre a nenhuma significação jurídica dessa estipulação, que não pode, porque *contra legem*, ser invocada em defesa pelo emitente.

“Em síntese, *o título permanece íntegro sob todos os aspectos*, prestando-se indubitavelmente a aparelhar execução.

“Seja como for, o que impende ficar assentado é que os cheques pós-datados emitidos em garantia de dívida *não perdem liquidez e certeza*, sujeitando-se à cobrança pela via executiva. Tais cheques não se podem considerar despidos dos requisitos essenciais, pelo que conservam cambialidade e executoriedade. Os únicos efeitos práticos, no âmbito do Direito Civil e Comercial, de o emitente do cheque utilizá-lo para referida finalidade, que não lhe é própria, são:

“a) o risco que assume de o beneficiário apresentá-lo para pagamento antes do dia indicado como data de emissão;

⁽²⁷⁾ *Op. cit.*, p. 164 e 168, n. 191 e 195.

⁽²⁸⁾ *Anotações à Lei Uniforme... Lei do Cheque*. 3. ed. São Paulo : Ed. RT, 1981. p. 95.

⁽²⁹⁾ In: *Julgados dos TACivSP* 72/10, 10.ª conclusão.

“b) a *ampliação real do prazo de apresentação*” (grifamos).

Não será demais anotar que Carelli faz a distinção entre *títulos inválidos* e *títulos irregulares*, a propósito dos títulos desviados de sua natural função econômica, mas sem ofensa aos seus requisitos formais, sublinhando que em tais casos o título é irregular, mas plenamente *válido*. A função econômica do título “é problema originariamente ligado ao negócio subjacente e não ao direito cartular”.³⁰

Idêntico o entendimento de Cunha Peixoto: “a pós-data, no cheque, desvirtua sua função típica transformando-o de ordem de pagamento em instrumento de crédito”,³¹ mas isso não anula sua eficácia executiva, pois até mesmo a Lei Uniforme adotou a corrente que propugnava pela possibilidade da apresentação imediata do cheque pós-datado.

Conforme Pontes, “o cheque pós-datado existe, vale e é eficaz”.³² Também Bulgarelli: a irregularidade não afeta a integridade cambial do cheque pós-datado.³³

32. Conclui-se inclusive, destarte, que relativamente aos cheques pós-datados, *desaparece aquele único motivo considerado real empecilho ao emprego do cheque como garantia real: o breve prazo para sua apresentação ao sacado*.

Fran Martins relembra, a respeito, o magistério de Vasseur e Marin, os quais, embora assinalando ser “muito raro” o penhor do cheque, admitem sua existência quando “o cheque é remetido a título de penhor a um terceiro, que o conservará como credor pignoratício ou como um ter-

ceiro detentor, com o encargo de restituí-lo quando o devedor tiver paga a sua dívida”.³⁴

Diga-se que assim sucede no caso ora em estudo: são cheques de emissão por terceiros, entregues pela empresa financiada ao financiador Banco Safra S.A., em garantia pignoratícia.

5. Os usos mercantis como lei comercial em perene formação

33. O direito comercial, muito mais do que o direito civil, marcha rente aos fatos da vida e se transmuta e se renova à medida que as práticas da mercancia, absolutamente sensíveis às injunções econômicas e sociais, ganham novas e atualizadas roupagens.

Os usos do comércio e o direito financeiro paulatinamente admitiram e consagraram modalidades peculiares de cheque (tais como o cheque visado, o cheque bancário, o cheque cruzado, o cheque postal, os *travellers checks* etc.), nem sempre de todo conformes com a sua destinação econômica básica, a de “ordem de pagamento” possibilitando a dispensa da utilização do dinheiro em espécie.

Assim também as necessidades do comércio varejista, máxime em face das restrições no financiamento aos consumidores, conduziram à adoção, das microempresas até empresas de grande porte, do cheque pós-datado com a função anômala de *instrumento de crédito*; resultaram facilitadas, destarte, as vendas a prazo, sob absoluta *informalidade* e sob a *confiança* do consumidor em que o vendedor da mercadoria, como tomador do cheque, somente o apresentará ao sacado na data futura assinalada como de emissão.

A prática, aliás, foi de logo assimilada no plano do direito penal, e isso através

⁽³⁰⁾ *Apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Jurisprudência Brasileira* 88/38-39.

⁽³¹⁾ *O cheque*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense. v. 1, p. 148-150.

⁽³²⁾ *Tratado de direito cambiário*, op. cit., p. 66.

⁽³³⁾ RF 264/114.

⁽³⁴⁾ *Le chèque*. Paris : Syrei, 1969. n. 125.

da descaracterização, em tais casos, isto é, nos casos de cheques emitidos como promessa de pagamento ou de garantia de dívida, do crime de cheque sem fundos – STF, Súm. 246.

34. Na expressão de Carvalho de Mendonça, “os usos são a primeira manifestação jurídica da prática mercantil, ou melhor, a expressão mais completa das opiniões e convicções que os comerciantes formam do fato econômico”; e lembrou o eminente comercialista a frase de Bollafo, de que *os usos mercantis representam a lei comercial em perene formação*.³⁵

Como refere o eminente mestre Arnoldo Wald, “o pensamento jurídico contemporâneo enfatiza a necessidade de se buscar soluções razoáveis, à luz de uma lógica provável”,³⁶ citando o magistério de Miguel Reale, o qual destacou a necessidade de compreender a experiência social em geral, e a jurídica em particular, “segundo juízos de valor subordinados à categoria do razoável e não segundo os esquemas da lógica formal”;³⁷ no azo, foi trazido à balha manifestação de François Geny,³⁸ no sentido de que a interpretação jurídica deve ponderar, além dos textos contratuais ou legais, todas as necessidades econômicas e políticas, com elas compatibilizando as normas de direito escrito e os termos dos contratos.

Não haverá como duvidar que a habitualidade no uso da pós-data pelo comércio varejista brasileiro, baseado no elemento fidúcia, confiantes os emitentes dos cheques na boa-fé dos beneficiários, veio a prover uma necessidade premente dos comerciantes e da maioria de seus fregue-

ses menos abonados, *utilizando-se o cheque como promessa de pagamento e como singelo e eficaz instrumento de garantia*.

6. Da lícita atuação do credor com garantia real

35. Nada impedia, destarte, como nada impede, que o cheque, mesmo com pós-data, quer considerado como título cambiário em sua liberalidade e abstração, quer tomado como *título de crédito pessoal* (CC, art. 790), quer como *papel de crédito negociável em comércio* (CCo, art. 273), possa ser objeto de garantia real de penhor ou caução.

Como credor *pignoratício*, e nos termos dos contratos particulares de constituição de garantia real, simultâneos à entrega dos cheques em garantia, o banco ora consulente apresentou-os aos sacados, *nas datas constantes no texto das cartulas*, retendo os respectivos valores em garantia de seus créditos perante endossante-caucionante, *tudo conforme a avença extracartular*.

36. Menciona o Prof. Helmut Weidmann que o titular da garantia “está legitimado a praticar quaisquer atos decorrentes da garantia que lhe foi prestada. Dentre estes sobressai, evidentemente, a realização do crédito. Aliás, todos os atos a serem praticados pelo endossatário-caucionado têm um único e fundamental escopo: realizar a garantia, ou seja, receber a quantia expressa no título”.³⁹

Assim também o Prof. Sílvio Rodrigues: “Mas a lei permite, igualmente, que o titular, em vez de alienar o título, *apenas o caucione*. Neste caso, o dono do título continua a ser dono, remanesce como sujeito de direito daquela relação jurídica original. *Apenas transfere, pelo contrato*

⁽³⁵⁾ *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. 1930. v. I, liv. I, n. 121.

⁽³⁶⁾ *Revista Jurídica* 213/13.

⁽³⁷⁾ *Horizontes do direito e da história*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 310.

⁽³⁸⁾ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2. ed. Paris, 1954. n. 185 e 186.

⁽³⁹⁾ Endosso-caução. *Direito e Justiça*, Rev. da PUC, Porto Alegre, v. 11, ano IX/87, p. 229-238.

do penhor e a quem de direito, a posse do documento, para que este, exercendo em nome do caucionante os direitos decorrentes do título, cobre o crédito do terceiro devedor, pague-se do que lhe é devido e devolva o resto ao mesmo caucionante”⁴⁰ (grifamos).

37. A lição remonta a prístinos comentários ao Código Civil, pertinentes ao art. 792, IV, *verbis*:

“O n.º IV do artigo 792 tem sua expressão fundamental no direito que assiste ao credor caucionário de receber a importância da dívida garantida, quando o devedor pagal-á; com esse direito concorre a obrigação de restituir os títulos ao devedor. É isso inerente á situação creada ao credor pela caução que o investe do poder de apurar o seu título creditorio e executá-lo vendendo-o e computando á solução da divida caucionada, a quantia liquidada na operação.

“É o processo da actuação do direito real de garantia, de vez que este collima a efectiva prestação da obrigação contrahida”⁴¹.

Em suma, “o credor, garantido pela caução, paga-se por suas próprias mãos e se a importância recebida exceder ao seu crédito, o excesso, por não lhe pertencer, fica ele obrigado a restituir ao credor caucionante”⁴².

7. Da não-incidência e da não-aplicabilidade da Res. 2.154 do Bacen

38. Indaga o Banco X, igualmente, se a Res. 2.154 do Bacen, datada de

27.04.1995, mas que *entrou em vigor* no dia de sua publicação (*DOU* de 28 de abril), terá tido o condão de “tornar inválida, ilegal ou nula a garantia de penhor/caução de cheques que ampara o Contrato n.º 104.088-7 celebrado em 27 de abril p.p. entre o Banco X e a MM Ltda.?”

A resposta impõe-se *negativa*.

39. O Banco Central do Brasil, em cumprimento à deliberação adotada na mesma data pelo Conselho Monetário Nacional, e tendo em vista limitar a demanda de mercadorias e o “aquecimento” do mercado consumidor, resolveu, pela citada resolução:

“Art. 1.º Vedar às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional:

I – a realização de operações de crédito garantidas com cheques e de desconto de cheques;

II – a prestação de serviço de custódia física e eletrônica de cheques.

Art. 2.º A inobservância das disposições desta Resolução será considerada falta grave, para fins do disposto no artigo 44 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1994.

[...]”

Diga-se que as sanções previstas no invocado art. 44 da Lei 4.595/64 vão da simples advertência à cassação de autorização de funcionamento ou à intervenção ou liquidação extrajudicial da instituição financeira.

40. Uma primeira e fundamental observação é de que a Res. 2.154 entrou em vigor *posteriormente à data de celebração do contrato de mútuo e de constituição da respectiva garantia real*.

A respeito, a norma constitucional é de solar clareza:

“Art. 5.º [...]”

⁽⁴⁰⁾ *Direito civil – direito das coisas*. 21. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. v. 5, n. 213.

⁽⁴¹⁾ VEIGA, Didimo Agapito. *Manual do Código Civil brasileiro*. Liv. Jacinto Ed., 1934. v. 9, parte IV, n. 452, p. 144.

⁽⁴²⁾ MENDONÇA, J. M. Carvalho de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 4. ed. Freitas Bastos, 1951. v. 10, p. 207.

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Cuidando da Constituição de 1946, em que idêntica a redação da garantia constitucional de respeito ao ato jurídico perfeito, Pontes de Miranda referiu que “o ato jurídico perfeito a que se refere o art. 141, § 3.º, é o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais”.⁴³

O negócio jurídico bilateral avençado entre o Banco X e a MM Ltda. já se apresentava, ao tempo em que entrou em vigor a aludida resolução do Bacen, como *ato jurídico perfeito*, porquanto reunia os elementos substanciais em lei previstos: agente capaz, consentimento eficaz, objeto lícito e forma não defesa em lei.

Vale trazer à balha o magistério de Eduardo Espínola:

“As obrigações são governadas, no seu nascimento, efeitos e extinção, pela lei sob cujo império foram constituídas. Assim, a eficácia dos contratos é regulada pelo direito vigente ao tempo da sua conclusão; as obrigações que nascem do delito, são regidas pela lei em vigor na época em que foi o delito praticado.

“Roberto de Ruggiero traça também, de modo geral, a situação das relações jurídicas de obrigação em face das alterações legislativas, quando diz que o princípio dominante é que a capacidade de obrigar-se, a eficácia da obrigação, a sua transmissibilidade, ou não, a resolução e a anulação em relação a terceiros e, em geral, todos efeitos que derivam da obrigação, são governados pela lei do tempo em que o vínculo se constituiu”.⁴⁴

Assim também Léon Duguit: “Au contraire, une loi nouvelle ne peut toucher à une situation subjective existant antérieurement à sa promulgation. L’étendue de cette situation subjective est déterminée par l’acte individuel à la suite duquel elle est née. Un acte individuel est naturellement régi par la loi en vigueur au moment où il a été fait. La loi nouvelle ne peut donc modifier une situation juridique subjective antérieure, parce qu’elle toucherait alors à un acte individuel qui a été accompli à un moment où elle n’existait pas encore et la loi serait alors vraiment rétroactive, ce qu’elle ne doit pas être”.⁴⁵

41. O *ato jurídico perfeito*, qual um contrato de constituição de penhor existente, válido e eficaz perante a lei civil e perante a lei comercial, não poderia, pois, ser anulado, invalidado, desconstituído por efeito de lei posterior e, menos ainda, por efeito de uma posterior *resolução administrativa*, ato normativo secundário.

Como mero lembrete, quiçá uma advertência, note-se que o art. 25 do ADCT revogou “todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa; II – [...]”.

42. Postas as coisas sob outro ângulo, vê-se que a resolução do Bacen, ao proibir as instituições financeiras de conceder créditos sob garantia de cheques (pré-datados ou não), operou *no plano da Administração Pública*, vedando aos bancos uma determinada conduta no gerenciamento das operações com seus clientes.

A resolução não interferiu, e não poderia de qualquer forma interferir, no plano do direito civil e/ou do direito comercial; não pretendeu dispor sobre a *exis-*

(43) *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. Borsói, 1963. t. IV, p. 408.

(44) *Tratado de direito civil brasileiro*. Freitas Bastos, 1939. v. 2, n. 83, p. 360-361.

(45) *Apud* TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*. 2. ed. Borsói, 1955. n. 399, p. 217.

tência, a validade ou a eficácia de negócios jurídicos existentes, válidos e eficazes em face do direito cambiário, perante o Código Comercial e ante as leis civis! Tão-somente, mantendo-se o Banco Central no âmbito de suas atribuições de regulamentação e fiscalização das operações de crédito, cominou *sanções de ordem administrativa* aos bancos que viessem a operar concedendo mútuos sob a garantia de cheques...

43. Qualquer banco, pois, se infrator da resolução, está sujeito a sofrer, ou seus dirigentes, as sanções previstas na mesma resolução. Todavia, os atos jurídicos bilaterais avençados pelo banco manter-se-ão, *no plano do direito civil como no do comercial*, válidos e eficazes; as garantias reais acaso constituídas permanecerão válidas e eficazes; portanto, os créditos a que visaram garantir *não serão créditos quirografários, mas sim créditos sob garantias reais*, imunes destarte aos efeitos de concordata da empresa devedora e prestadora da garantia.

8. Considerações finais

44. Uma ponderável consideração: a empresa concordatária, que, sem qualquer defeito de vontade entregou os cheques, firmou os contratos de mútuo e de constituição da garantia real de penhor sobre os mesmos cheques *e recebeu e utilizou as quantias previstas nos contratos de financiamento*, poderia voltar-se contra os seus próprios atos, inquinando-os de *ilegitimos*?

Não olvidar o velho apotegma: *nemo creditur turpitudinem suam allegans*.

45. *Last but not least*, impende não deixar ao oblívio que ao magistrado de primeira instância não assistia o poder de, em contrariedade ao princípio constitucional do contraditório e mediante decisão “de plano” nos autos da concordata, negar eficácia e validade, pura e simplesmente

te, à tradição dos títulos e ao contrato de constituição de garantia real, *uma e outro* anteriores ao ajuizamento da ação de concordata!

No azo vale salientar, inclusive, que a teor do art. 165 da Lei Falencial, o *pedido de concordata preventiva não resolve os contratos bilaterais* que continuam sujeitos às normas do direito comum.

Mestre Trajano de Miranda Valverde, em seu magistério alusivo a essa norma basilar do processo de concordata, referiu: “Os contratos bilaterais ainda não cumpridos, no todo ou em parte, pelo devedor concordatário e o outro contraente, não se resolvem com o despacho que manda processar a concordata. O devedor continua, com efeito, na administração do seu patrimônio (art. 167), que compreende o complexo dos direitos e obrigações existentes no momento em que ele requereu a concordata preventiva. Com a falência, também não se resolvem tais contratos (art. 43), e daí, não raro, pretender-se aplicar por analogia, na concordata preventiva, quando a lei não é expressa, os preceitos que regulam a execução e a resolução dos contratos bilaterais na falência. A aplicação analógica não tem cabimento, porque a continuação do negócio do concordatário impõe a observância dos contratos regularmente estipulados”.⁴⁶

Em decorrência, como o processo de concordata não interfere no contrato bilateral avençado pelo Banco X com a MM, não há razão alguma para “buscar e apreender” o objeto da garantia.

A posição de *privilégio* do credor da caução avulta não só em função da própria *garantia real*, mas, por igual, da disposição da Lei Falimentar, que lhe assegura continuar *sob a égide do contrato não resolvido*.

⁽⁴⁶⁾ In *Comentários à Lei de Falências*. 3. ed. Forense, 1962. v. 2, p. 428-429.

46. *Em suma*: o cheque “pós-datado” (geralmente conhecido como cheque “pré-datado”) vale e é plenamente eficaz como título cambiariforme (na expressão de Pontes de Miranda), gozando na prática de prazo de apresentação mais longo e mantendo plena eficácia executiva.

Pode, destarte, o cheque pós-datado servir como *garantia real* de créditos sob a modalidade de penhor ou caução de título de crédito pessoal, e isso quer mediante a declaração cartular de endosso-caução, quer mediante a simples tradição e instituição da garantia através de negócio jurídico extracartular.

De qualquer forma, a garantia instituída é *garantia real*, nos termos da lei civil e da lei comercial. Assim, o crédito por ela tutelado não está sujeito aos efeitos da concordata – Lei Falencial, art. 147.

9. Conclusões

47. Nos termos do exposto no presente parecer, passo a responder aos quesitos postos pelo consulente:

1. *Os créditos amparados por garantia de caução/penhor de títulos estão sujeitos aos efeitos de concordata preventiva?*

R. Não. Somente os “créditos quirografários” restam submissos aos efeitos de concordata, quer preventiva, quer suspensiva. A caução ou penhor de títulos de crédito importa em “garantia real” (Lei Falencial, art. 102, I; art. 147).

2. *Os chamados cheques “pré-datados”, os quais, como é de sabença, são, atualmente, largamente utilizados no comércio, perdem, por serem “pré-datados”, a característica de títulos de crédito ou apenas se descaracterizam como ordem de pagamento a vista, conservando, todavia, a cartularidade?*

R. Os cheques pós-datados mantêm-se como títulos cambiários, em sua plenitude, com possibilidade de apresentação imediata ao sacado, para pagamento a vista (Lei Uniforme, art. 28, 2.ª parte; Lei 7.357, de 02.09.1985, art. 32 e par. ún.).

Os efeitos da pós-datação “operam apenas no plano do direito comum”, extracartular, que rege a relação jurídica subjacente, simultânea ou sobrejacente à emissão do cheque.

3. *É válida a garantia de caução/penhor de cheques, mesmo sendo eles do tipo “pré-datado”?*

R. Sim, mesmo porque “o cheque pós-datado conserva sua qualidade de título de crédito”, de natureza cambiariforme, e como tal é suscetível de servir como “garantia real”, a teor do art. 273 do CCo e do art. 790 do CC.

4. *Em caso positivo, a decisão do Juízo da concordata, determinando o “bloqueio” dos cheques caucionados e a entrega à concordatária dos valores recebidos, constituiu violação a direito líquido e certo do Banco X de realizar sua garantia, aplicando o produto na amortização dos débitos contratuais?*

R. Sim. A decisão do juízo singular “ofendeu direito líquido e certo do credor-caucionado” oriundo da tradição dos títulos ao credor e de contrato de constituição de garantia real de caução dos cheques, atos jurídicos estes “anteriores à data do próprio ajuizamento da ação de concordata”. A realização dos créditos caucionados encontra supedâneo seguro no art. 277, *in fine*, do CCo e no art. 792, V, do CC.

5. A Res. 2.154, editada em 27.04.1995 pelo Bacen, a qual entrou em vigor na data de sua publicação no DOU de 28.04.1995, teve o condão de tornar inválida, ilegal ou nula a garantia de penhor/caução de cheques que ampara o

Contrato 104.088-7, celebrado em 27.04.1995 entre o Banco X e a MM Ltda., aí compreendido inclusive o aditamento, via do qual se deu a prorrogação do vencimento de tal contrato?

R. Não. A resposta negativa impõe-se não só por ser tal resolução: a) “posterior” ao contrato bilateral, que se caracteriza como “ato jurídico perfeito” sob a tutela constitucional, como, ainda, b) porque tal resolução, que não é lei, “somente opera no plano administrativo”, cominando sanções administrativas às instituições financeiras que venham a descumpri-la; todavia, não atinge, não pode atingir, a existência, a validade e a eficácia de negócio jurídico bilateral, que é existente, válido e eficaz à luz das leis comerciais e civis.

6. Ainda que, ad argumentandum tantum, fosse discutível a validade de referência da garantia caucionária, teria o Juízo da concordata competência para desconsiderá-la, mediante simples requerimento da empresa-concordatária, sem o devido processo legal, ou haveria a necessidade da propositura de ação própria, pela devedora-caucionante, no curso da qual seria estabelecido amplo contraditório, objetivando, pois, a anulação da caução constituída?

R. O magistrado, apontado como autoridade coatora, não poderia desconsiderar os plenos poderes conferidos ao consulente para endossar os cheques, a efetiva tradição dos mesmos cheques e as garantias reais de caução, contratualmente avençadas, assim procedendo o juiz mediante simples decisão nos autos da concordata, com ofensa inclusive ao princípio basilar do contraditório. Impende ponderar que, de qualquer forma, não se cuida de contratos nulos *pleno jure*, pois avençados por agentes capazes, com objeto lícito e forma não defesa em lei; além disso, consoante o art. 165 da Lei Falencial, o

pedido de concordata preventiva não resolve os contratos bilaterais, que continuam sujeitos às normas do direito comum.

É meu parecer, *sub censura*.

De Brasília para São Paulo, 22 de agosto de 1995.

10. Bibliografia

- ABRÃO, Nelson. Art. doutrina. *RT* 632/55.
 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Falências e concordatas*. LTr, 1991.
 BEVILAQUA, Clóvis. Parecer de 11.06.1923.
 BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. 2. ed. Forense, 1977.
 BULGARELLI, Waldirio. Art. doutrina. *Forense* 264.
 CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio. *O cheque*. 2. ed. Forense. v. 1.
 DUGUIT, Léon. *Leçons de droit public général*.
 ESPÍNOLA, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Freitas Bastos, 1939. v. 2.
 FARIA, Werter. *Ações cambiárias*. Porto Alegre : Fabris, 1987.
 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. Saraiva, 1962. v. 9.
 FIGUEIREDO, Sálvio de. REsp 16.855-STJ.
 GENY FRANÇOIS. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2. ed. Paris, 1954.
 LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de direito falimentar*.
 LIMBORÇO, Lauro. Art. doutrina. *RT* 559.
 MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 8. ed. Forense, 1955.
 MAYER, Rafael. RE 95.037-STF.
 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 2. ed. 1927. v. 6, liv. 4, parte II; 2. ed. 1930. v. 1.
 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Borsói, 1962. t. XXXVII.
 — *Tratado de direito cambiário*. Max Limonad, 1955. v. 4.
 — *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. Borsói, 1963.

- REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. Saraiva, 1977.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. Saraiva, 1995. v. 2.
- RESTIFFE NETTO, Paulo. *Anotações à Lei Uniforme... Lei do Cheque*. 3. ed. Ed. RT, 1981.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – direito das coisas*. 2. ed. Saraiva, 1994. v. 5.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituzioni di diritto privato*.
- SANTO, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 4. ed. Freitas Bastos, 1951. v. 10.
- SEMO, Giorgio de. *Diritto cambiario*. Milano : Giufrè, 1953.
- SIDOU, J. Othon. *Do cheque*. 3. ed. Forense, 1986.
- SOARES DE FARIA. *Da concordata preventiva*.
- TENÓRIO, Oscar. *Lei de introdução ao Código Civil*. 2. ed. Borsóí, 1955.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Art. doutrina. *Jurisprudência Brasileira* 88.
- VASSEUR, M. e Marin. *Le chèque*. Paris : Syrei, 1969.
- VEIGA, Didimo Agapito da. *Manual do Código Civil brasileiro*. Liv. Jacinto, 1934. v. 9, parte IV.
- VIVANTE, Cesar. *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. Milano. v. 4.
- WALD, Arnoldo. Art. de doutrina. *Revista Jurídica* 213. Porto Alegre : Síntese.
- WEIDMANN, Helmut. Art. doutrina. *Direito e Justiça*. Revista da PUC, Porto Alegre. v. 11, ano IX/87.